

Ref.: SUB/SJSCA/mvt
Asunto: Informe 4/2023

INFORME 4/2023 DE 9 DE JUNIO DE 2023. CONTRATACIÓN MENOR PARA ACTUACIONES REPETITIVAS Y PERIÓDICAS. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

ANTECEDENTES

En fecha 18 de mayo de 2023, ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe de la Diputación de Alicante, mediante la que formula consulta del siguiente tenor literal:

D. Carlos Mazón Guixot, Presidente de la Excm. Diputación de Alicante y en representación de la misma, al amparo del artículo 9.3 del *Decreto 35/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa, el Registro Oficial de Contratos de la Generalitat, el Registro de contratistas y empresas clasificadas de la Comunitat Valenciana y la Central de Compras de la Generalitat y se adoptan medidas respecto de la contratación centralizada*, solicita de esa Junta la emisión de informe facultativo en los términos siguientes:

1. El artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) define los contratos menores como aquellos cuyo valor estimado sea inferior a 40.000 euros, en caso de obras, o 15.000 euros, en caso de suministro o de servicios, debiendo acreditarse además que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos. Además, conforme al artículo 29.8 LCSP no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga.

Por otro lado, el artículo 99.2 de la LCSP recoge que no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan, que se complementa con el artículo 101.4 de la LCSP que dispone que la elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan, lo que implica una prohibición de la realización de prestaciones idénticas en ejercicios sucesivos mediante el contrato menor, por suponer un fraude a la norma sobre fraccionamiento indebido del contrato.

Para terminar la delimitación del contrato menor, se estima necesario añadir que a juicio de la Secretaría y la Intervención de esta Diputación, las normas aplicables no obligan a hacer uso de la contratación menor aun cumpliendo las reglas anteriores y que debe recurrirse a los otros procedimientos para satisfacer las necesidades de abastecimiento público de menor cuantía, especialmente los procedimientos simplificado y simplificado abreviado (artículo 159 LCSP) y los singulares de contratación por precios unitarios (D.A. 33ª LCSP), acuerdos marco (artículo 219 a 222 LCSP) y contratación conjunta (artículo 31 LCSP Y 227-228 LCSP sobre Centrales de contratación) y ello por ser estos procedimientos más respetuosos con los principios de publicidad y concurrencia, salvo que se justifique que debe procederse a la contratación menor por tratarse de necesidades puntuales, no previsibles y no repetitivas. Esta concepción de los contratos menores concuerda,



como mantiene la Instrucción 1/2019 de la OIRESCON, con la exposición de motivos de la Ley cuando hace referencia expresa a esta excepcionalidad, al aludir al procedimiento abierto simplificado sumario: “se habilita una tramitación especialmente sumaria para contratos de escasa cuantía que ha de suponer la consolidación de la publicidad y eficiencia en cualquier contrato público, reduciendo la contratación directa a situaciones extraordinarias”.

2. De las afirmaciones realizadas en el punto anterior debe deducirse la consideración de los contratos menores como excepcionales, en cuanto a que la regla general debe ser la aplicación de ciertas reglas comunes a otros procedimientos de selección del contratista, y de modo muy particular, de algunas relativas a la publicidad previa, a la concurrencia y al procedimiento de adjudicación, como así lo recoge el Informe 8/20 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y la Instrucción 1/2019 de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. En estos términos también el Consejo Vasco de la Competencia, en informe de 31 de agosto de 2022, la Autoridad Catalana de la competencia (21 de abril de 2021) que mantiene: “...la adjudicación directa a un operador típica de la contratación menor, sin publicidad previa, se contradice de manera evidente con los principios que rigen la contratación pública en nuestro ordenamiento jurídico (especialmente, los principios de concurrencia y la libre competencia)”.

En términos también muy claros se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, en su Recomendación 1/2018 señalando:

“La contratación menor debe ser utilizada para atender aquellas necesidades puntuales, no previsibles y no repetitivas, debiendo procederse por parte de los diferentes órganos de contratación a hacer un esfuerzo para realizar una planificación anual o plurianual de su actividad contractual y utilizar la pluralidad de procedimientos que recoge la LCSP para atender las necesidades de los órganos de contratación cumpliendo con los principios inspiradores de la Ley”.

Este último elemento, la necesaria planificación de la contratación se considera otro de los elementos fundamentales para delimitar la posibilidad de los contratos menores, es decir, la falta o imposible planificación de determinadas prestaciones.

3. Desde esta Diputación se convocan en diversas ocasiones y, normalmente, con carácter anual, procedimientos para la concesión de subvenciones a las entidades locales de la provincia para la ejecución de diversas obras y, en muchos casos, permitiendo que los municipios puedan optar por la contratación de la ejecución de dichas obras por la propia Diputación, especialmente en los de limitada capacidad técnica y reducida dimensión. Estas convocatorias suelen revestir la forma de planes provinciales y aglutinar el importe total de las subvenciones en una misma aplicación presupuestaria.

En estos casos, la Diputación viene asumiendo la redacción del proyecto técnico, que se somete a conformidad del ayuntamiento correspondiente y luego también la Diputación contrata la ejecución de las obras.

Algunas de estas obras son de un valor estimado inferior a 40.000 euros y el departamento provincial de contratación entiende que deberían tramitarse como contratos menores, por el mero hecho de no alcanzar dicho importe. Desde Secretaría e Intervención se viene entendiendo que, salvo excepciones, se deben tramitar mediante licitación dichos contratos por no tratarse de actuaciones puntuales (se trata, en algunos casos, de un número importante de obras), incluidas en alguna convocatoria de subvenciones a entidades locales y que, por tanto, se conoce la necesidad de su ejecución desde hace bastantes meses. También se ha propuesto la posibilidad de agrupar algunas de estas obras que puedan presentar características comunes (caminos rurales, obras en cementerios) en un solo expediente para su contratación por lotes, teniendo cada una de esas obras su propio proyecto técnico, algo que no se estima adecuado por el departamento de



contratación de esta Diputación.

Concretamente, de dos convocatorias recientes del Área de Cooperación (convocatorias denominadas "+Cerca" y "Planifica"), se pueden extraer las siguientes actuaciones que corresponden a obras de un valor estimado inferior a 40.000 euros, cada convocatoria vinculada a una aplicación presupuestaria:

Municipio	Objeto	Presupuesto con IVA (€)
ALCOCER DE PLANES	Obras de mejora en la estanqueidad y en la eficiencia energética del centro social polivalente mediante sustitución de la carpintería exterior	30.005,00
ALCOCER DE PLANES	Obras de mejora en el frontón municipal	39.176,70
ALMUDAINA	Renovación alumbrado público casco urbano	48.353,38
SANET Y NEGRALS	Reparación pavimento del Puente del Barranc de la Murta	30.309,90
BIAR	Acondicionamiento camino en ptda. El Figueral	35.831,54
FAGECA	Pavimentación del camino "Salema-Benimassot"	48.253,41
SANET Y NEGRALS	Vallado de los depósitos municipales de agua potable	46.227,99
PLANES	Renovación de diversos elementos de la instalación eléctrica de alumbrado público, de la red telefónica, y de la red eléctrica aérea de baja tensión, de varias calles del municipio de Planes	33.861,79
ALCOCER DE PLANES	Obras de ampliación y mejoras en el cementerio municipal	40.317,20
PLANES	Mejora en la plaza situada entre la calle Freginal de Sant Blai y Bisber Sanus de Planes de la Baronía	41.601,63
BENIMARFULL	Adecuación de caminos rurales	47.446,96
BENASAU	Sustitución de cubierta colocación de pavimento en Lavadero Ares del Bosque	35.934,73
BENIMELI	Mejora del acceso a la piscina municipal desde el casco urbano de Benimeli	32.426,49
ALMUDAINA	Acondicionamiento local y terraza ayuntamiento para uso público	47.117,16



EL CASTELL DE GUADALEST	Sustitución de pavimentos en la plaza de La Era	42.569,10
PENÀGUILA	Mejora de dos viviendas sociales en planta baja	47.804,68
BOLULLA	Ampliación del cementerio municipal	30.500,00
ALCOLEJA	Mejora del acceso al aparcamiento público	48.398,56
ALCOLEJA	Acondicionamiento Calle San Antonio con tramo de travesía	48.389,72
ALCOLEJA	Creación de parque público en zona sur del casco urbano	48.343,13
BALONES	Reurbanización de la calle San Antonio	48.399,93
LLOSA DE CAMACHO (E.L.M)	Reparación del Camí del Planets	45.422,37
BENIFALLIM	Mejora del alumbrado público del casco urbano	18.000,03
FAGECA	Mejora y acondicionamiento de los viales del casco antiguo	35.313,01
TOLLOS	Acondicionamiento del camino de acceso y aparcamiento de la piscina	28.233,05

Teniendo en cuenta la información anterior, se formulan a esta Junta las siguientes consultas:

1ª. Si la contratación de las obras con un valor estimado inferior a 40.000 euros debe tramitarse mediante expediente de contratación (procedimientos abiertos o restringidos) para dar cumplimiento a los principios de publicidad y concurrencia, aun cuando se cumplan exigencias de los artículos 29.2, 101.4 y 118 de la LCSP, sin perjuicio que, si concurren circunstancias debidamente justificadas, puedan tramitarse como contratos menores. En particular, si procederían los procedimientos citados (abierto, con carácter general) en supuestos como el que se ha expuesto, con numerosas obras derivadas de una convocatoria de subvenciones, promovida por un Departamento provincial y financiada con una misma aplicación presupuestaria.

2ª. Si es posible licitar de forma agrupada varias obras, por lotes, teniendo en cuenta características comunes en cuanto a la tipología de las obras, aunque se desarrollen en distintos municipios.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

En primer lugar, debemos hacer notar que no es misión de esta Junta dirimir discrepancias que puedan surgir entre Unidades distintas dentro de la Diputación de Alicante.

Sobre la contratación menor ha tenido esta Junta ocasión de pronunciarse en diversos informes como el 10/2014 de 17 de febrero de 2015; 4/2018 y 8/2018, ambos de 15 de junio, 1/2019 de 10 de mayo y 27 de julio de 2022.

En este último y a colación con la consulta realizada se advertía:

“Coincidimos plenamente con Informe 14/2014, de 22 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, informe que se señala el escrito de consulta “la finalidad del contrato menor es



posibilitar una satisfacción rápida de necesidades que, por su escasa cuantía y duración temporal, resulta necesario adjudicar a través de un procedimiento ágil y sencillo”, por lo que afirma que “ciertamente la contratación menor sería más propia de la satisfacción de necesidades puntuales que periódicas”.

“La reiteración de contrataciones menores para contratos repetitivos y periódicos elude los principios de la contratación pública y por tanto entiende esta Junta que no deben mantenerse. Por lo que estima que deba realizarse un procedimiento de adjudicación con todas las garantías de publicidad, transparencia, libre acceso y libre concurrencia”.

Respecto del fraccionamiento del objeto del contrato debemos tener presente el concepto de unidad funcional técnica y económica. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resolución 571/16, de 16 de julio, a la que hace referencia nuestro Informe 1/2019, de 10 de mayo señala:

“En definitiva, la cuestión principal, de conformidad con la citada jurisprudencia comunitaria, no se encuentra tanto en la existencia de una intención elusiva por parte del poder adjudicador, sino en el carácter único de lo que constituye el objeto del contrato que se pretende licitar. De este modo, si el objeto del contrato era único y se fraccionó en diversos expedientes, aunque no existiera una intención elusiva, habrá fraccionamiento indebido. Por el contrario, cuando el objeto de lo contratado por separado tenga una unidad funcional técnica y económica, da igual cuáles sean las motivaciones del poder adjudicador al definir el objeto del contrato, no existirá fraccionamiento. Este criterio ha sido confirmado con posterioridad por otras sentencias del mismo TJUE, pudiendo citar al respecto la de 11 de julio de 2013, dictada en el asunto T- 358/08.

Solo cuando exista una razón objetiva que permita considerar que cada prestación en sí misma considerada responde a una única finalidad técnica y económica, independiente y separable del resto, podrá el órgano de contratación optar por efectuar procedimientos separados para cada una de ellas, calculando también de forma independiente su valor estimado a efectos de la determinación del régimen jurídico que le corresponda.”

De los antecedentes expuestos hay que destacar el apartado 3 que indica

“Desde esta Diputación se convocan en diversas ocasiones y, normalmente, con carácter anual, procedimientos para la concesión de subvenciones a las entidades locales de la provincia para la ejecución de diversas obras y, en muchos casos, permitiendo que los municipios puedan optar por la contratación de la ejecución de dichas obras por la propia Diputación, especialmente en los de limitada capacidad técnica y reducida dimensión. Estas convocatorias suelen revestir la forma de planes provinciales y aglutinar el importe total de las subvenciones en una misma aplicación presupuestaria.

En estos casos, la Diputación viene asumiendo la redacción del proyecto técnico, que se somete a conformidad del ayuntamiento correspondiente y luego también la Diputación contrata la ejecución de las obras.”

Por tanto consideramos que aunque el valor estimado de las prestaciones sea acorde a la contratación menor de obras en cada una de las consideradas en la tabla relacionada, y aunque pudiéramos considerar que cada una es una unidad funcional económica y técnica distinta, la contratación menor de cada una de estas obras, cuyo nexo son los planes provinciales, que es un hecho objetivo que sucede año a año, no debería producirse por tal procedimiento quebrando los principios básicos de la contratación pública.

Por lo que claramente nuestra postura es la de una contratación por procedimiento abierto, que puede ser simplificado por el valor estimado del conjunto por lotes, o estimamos que la racionalización mediante acuerdo marco años que permitiera seleccionar empresas para realizar los contratos basados cuando se vayan a ejecutar las obras mediante segundas licitaciones sería claramente plausible a la planificación y gestión de los



fondos públicos sino también los principios de la contratación pública siempre y cuando la duración máxima del acuerdo marco no fuera en contra de tales principios sobre todo el de libre concurrencia.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La reiteración de contrataciones menores para contratos repetitivos y periódicos elude los principios de la contratación pública y por tanto entiende esta Junta que no deben mantenerse. Por lo que estima que debe realizarse un procedimiento de adjudicación con todas las garantías de publicidad, transparencia, libre acceso y libre concurrencia”.

SEGUNDA.- Aunque el valor estimado de las prestaciones sea acorde a la contratación menor de obras en cada una de las consideradas en la tabla relacionada, y aunque pudiéramos considerar que cada una es una unidad funcional económica y técnica distinta, la contratación menor de cada una de estas obras, cuyo nexo son los planes provinciales, que es un hecho objetivo que sucede año a año, no debería producirse por tal procedimiento quebrando los principios básicos de la contratación pública.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 9 del Decreto 35/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y tendrá carácter no vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

LA SECRETARIA

Vº Bº DEL PRESIDENTE
SUBSECRETARIO DE HACIENDA Y MODELO ECONÓMICO.

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
en fecha 9 de junio de 2023